

INCIDENCIA DE LA LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO, EN LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE*

MARTA PÉREZ ESCOLAR**

Resumen: El presente estudio tiene por objeto analizar la incidencia que la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, ha tenido en los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente reconocidos por dicho Código civil, y ello en la medida en que su artículo segundo ha reformado esta cuestión afectando a los presupuestos subjetivos que condicionan la procedencia tanto de su legítima (arts. 834 y 835 CC) como de su llamamiento hereditario a la sucesión intestada (art. 945 CC).

Palabras clave: derechos sucesorios del cónyuge.

Abstract: The present study has for object analyze the incident that the Law 15/2005, of July 8, by which the civil Code and the civil Procedural Law have been modified as for separation and divorce, it has had in the death duties of the surviving spouse recognized by the above mentioned civil Code, and it in the measure that the second article has reformed this question concerning the objective assumption, that determine the subjective requirements so much from the legitimate or natural portion (arts. 834 y 835 CC) how of his hereditary plenary action to the intestate succession (art. 945 CC).

Key Words: duties of the surviving spouse.

SUMARIO: I. LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE QUE SOBREVIVE EN EL CÓDIGO CIVIL. PANORÁMICA GENERAL DE UNA CUESTIÓN POLÉMICA; II. EL ARTÍCULO SEGUNDO DE LA LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO; III. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS DE LA LEGÍTIMA VIUDAL; 1. El art. 834 CC; a. Desaparición de reminiscencias culpabilistas; b. Introducción de la separación de hecho; 2. El art. 835 CC y la reconciliación de los cónyuges separados; IV. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS DEL LLAMAMIENTO DEL CÓNYUGE A LA SUCESIÓN INTESTADA: EL ART. 945 CC; V. A MODO DE CONCLUSIÓN: TENDENCIAS DE REFORMA

* Fecha de recepción: 11 de julio de 2008.

Fecha de aceptación: 30 de septiembre de 2009.

** Profesora Titular de Derecho civil. Universidad de Valladolid. El origen de este trabajo se encuentra en la Ponencia que, bajo el mismo título, fue defendida en el “*II Workshop sobre cuestiones actuales en Derecho civil*” celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid el 13 de junio de 2008 y dirigido por la Dra. Dña. Nieves Fenoy Picón, Profesora Titular de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid.

I. LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE QUE SOBREVIVE EN EL CÓDIGO CIVIL. PANORÁMICA GENERAL DE UNA CUESTIÓN POLÉMICA

La situación en que se encuentra el reconocimiento de derechos sucesorios legales, legítima y sucesión intestada, a favor del cónyuge que sobrevive constituye sin duda una cuestión que, como tantas otras, parece encontrarse en permanente revisión, y ello en la medida en que la evolución social va siempre impulsando la reforma de los ordenamientos jurídicos en el sentido de incrementar la participación de dicho cónyuge supérstite en la herencia de su consorte premuerto y en el de incrementar también el rigor de los requisitos subjetivos que se le exigen para poder ser efectivamente destinatario de tal tipo de atribuciones patrimoniales¹. Esta constante histórica ha tenido una manifestación legal relativamente reciente con la promulgación de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, que ha afectado a los presupuestos subjetivos que condicionan la procedencia de ambos derechos del cónyuge, legítima y sucesión intestada, en dicho Código civil.

No obstante, nos encontramos ante una modificación secundaria que ha venido a solucionar los aspectos que podrían calificarse como más urgentes de entre todos los que plantea la sucesión legal entre cónyuges de acuerdo con lo previsto en dicho Código civil, razón por la cual procede realizar unas breves consideraciones previas en relación con ambos derechos y con las posibilidades de revisión, más profundas, con que cuentan en la actualidad antes de centrarnos en la incidencia que ha tenido la citada Ley 15/2005 en los presupuestos subjetivos que se exigen para poder hacerse efectivos.

En primer lugar, la legítima constituye el centro de una importante polémica que llega a cuestionar los fundamentos de su propia existencia como institución de Derecho de sucesiones, lo cual, si bien tiene justificaciones que lo avalan con acierto en relación con los parientes en línea recta del causante, la situación al respecto del cónyuge viudo es bastante diferente². A grandes rasgos, puede destacarse el hecho de que la legítima larga de los descendientes no cumple la función con la que se concibió a finales del siglo XIX en una sociedad como la actual, en la que las expectativas de vida de los padres desembocan en que los hijos estén de ordinario en una posición de vida cómoda en el momento en que se produce la sucesión de aquéllos, es decir, carezcan de una necesidad real de recibir bienes

¹ Así, puede verse la evolución histórica de esta cuestión en PÉREZ ESCOLAR, M., “Sucesión intestada del cónyuge supérstite. Perspectiva histórica: del Derecho romano a las leyes recopiladas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 686, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, 2004, pp. 2711 a 2777, y, para la época de la codificación y posterior desarrollo hasta llegar a la situación actual, PÉREZ ESCOLAR, M., *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 19 y ss., y 91 y ss., respectivamente.

² Sobre la situación en que se encuentra el sistema legitimario del Código civil, *vid.* TORRES GARCÍA, T. F., “Legítima, legitimarios y libertad de testar. (Síntesis de un sistema)”, *Derecho de Sucesiones, Presente y futuro, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil*, Santander, 9 a 11 de febrero de 2006, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2006, pp. 173 y ss.

como la que sirvió para justificar la atribución forzosa en el momento de la codificación y etapas históricas anteriores (el antiguo *officium pietatis*). De igual forma, la sucesión de los ascendientes con relación a un hijo que premuere se producirá también en los supuestos típicos sin una situación de necesidad económica que justifique su participación necesaria en la herencia³. Además, es evidente que la manera de concebir este tipo de relaciones parentales ha variado mucho desde la familia decimonónica con connotaciones todavía patriarcales hasta la vigente en la sociedad actual⁴.

Sin embargo, el caso de la legítima del cónyuge supérstite es distinto. Por un lado, en el cónyuge que sobrevive sí puede encontrarse un presupuesto de necesidad que justifique la legítima, sobre todo si se tiene en cuenta que estadísticamente dicho cónyuge que sobrevive es en la mayor parte de los casos la mujer. A ello se suma la conveniencia de posibilitarle que en la medida de lo posible mantenga el nivel de vida que tenía antes del fallecimiento del causante, idea esta última que ha sido tenida muy en cuenta por algunos ordenamientos jurídicos próximos a la hora de llevar a cabo la remodelación de los derechos sucesorios del cónyuge por ellos contemplados; nos estamos refiriendo al Derecho francés⁵ y al Derecho catalán en relación con la nueva regulación de la cuarta viudal contenida en los arts. 452-1 y ss. de la citada Ley del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesio-

³ Sin perjuicio de que se puedan encontrar otro tipo de justificaciones en la legítima de estos últimos. *Vid.* PÉREZ ESCOLAR, M., “Sucesión intestada y legítima del cónyuge supérstite en el Código civil español. Revisión de fundamentos y planteamiento de futuro”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LX, Fascículo IV, octubre-diciembre 2007, Ministerio de Justicia- Boletín Oficial del Estado, pp. 1655 y ss.

⁴ Por todo ello, las legítimas de descendientes y ascendientes parecen abocadas, sino a su supresión inmediata, sí por lo menos a una reducción paulatina. De hecho, la reciente Ley del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, de 18 de junio de 2008, cuya entrada en vigor está prevista en su Disposición final cuarta para el 1 de enero de 2009, conserva la legítima de los padres del causante pero, a diferencia de lo que se deduce del art. 353 CSC, que se la otorga “si no hay descendientes con derecho a legítima”, ahora se les priva de este derecho cuando el causante tenga descendientes justamente desheredados o declarados indignos para suceder (art. 451-4).

Los ascendientes no tienen sin embargo la consideración de legitimarios en el Derecho aragonés (art. 171.1 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte) ni en el Derecho gallego (art. 238 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, a diferencia de lo que ocurría con la anterior Ley de Derecho Civil de Galicia de 24 de mayo de 1995, cuyo art. 146.2 consideraba legitimarios “los herederos forzosos determinados en el Código civil y en la cuantía y proporción que en los distintos supuestos establece dicho cuerpo legal”). En el mismo sentido, la *Loi n° 2006-728, du 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités*, ha suprimido la *réserve* de los ascendientes del causante en el Derecho francés (arts. 914 y 916 del *Code civil*).

⁵ Así se deduce de los trabajos preparatorios que sirvieron de fundamento a la promulgación de la *Loi n° 2001-1135, du 3 décembre 2001, relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral*. *Vid.* PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, *op. cit.*, pp. 189 y ss., especialmente, 195. Téngase también en cuenta el dato extraordinariamente significativo que supone el que esta reforma de 2001 incluyera al cónyuge sobreviviente por primera vez en el círculo de reservatarios de este ordenamiento jurídico, limitado históricamente a los parientes de sangre, aunque fuera en defecto de descendientes y ascendientes del causante (art. 914-1 del *Code civil*). Posteriormente, la citada *Loi n° 2006-728, du 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités*, ha vuelto a modificar el art. 914-1 del *Code civil* determinando la procedencia de la *réserve* del cónyuge en defecto sólo de descendientes del causante.

nes, de 18 de junio de 2008, que con su entrada en vigor el 1 de enero de 2009 sustituirá al vigente Código de Sucesiones de Cataluña (CSC), aprobado por Ley de 30 de diciembre de 1991, y con ello a la regulación de la cuarta viudal de los arts. 379 y ss. CSC, que gira en torno a un concepto de necesidad económica del cónyuge sobreviviente entendido en sentido bastante estricto. En concreto, el legislador catalán justifica el cambio de concepción de esta institución diciendo que “en lugar del parámetro de la congrua sustentación, ligado a una concepción social en declive de la viudedad, el libro cuarto recurre al de satisfacción de las necesidades, que se puede dotar de contenido a partir de criterios como son el nivel de vida, la edad, el estado de salud, los salarios y las rentas percibidas o las perspectivas económicas previsibles, que son análogos a las que sirven para fijar la pensión compensatoria en una crisis matrimonial”⁶.

De otra parte, la legítima del cónyuge constituye un instrumento sucesorio valiosísimo en el sistema romanista de llamamientos a la sucesión intestada del Código civil, pues permite matizar tales llamamientos en principio absolutos, a toda la herencia y en plena propiedad, que se producen a favor de los órdenes de herederos antepuestos, actualmente los parientes en línea recta (arts. 930 y ss. CC), obligándoles a compartir la herencia con una persona, el cónyuge, que no pertenece al orden sucesorio llamado⁷. Por todo ello, la discusión que pueda realizarse en torno a la legítima del cónyuge contemplada por el Código civil entendemos que debe afectar a la cuantía de sus cuotas (arts. 834, 837 y 838 CC), que habrá de ir en aumento, y no a su existencia⁸; como referente de esta cuestión puede tomarse el art. 45 párrafo tercero de la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares, que, en concurso con descendientes del causante, reconoce una extensión al usufructo en que también consiste la legítima viudal de Mallorca y Menorca de la mitad de la herencia frente al usufructo del tercio de mejora del art. 834 CC⁹.

⁶ Preámbulo, VI.

⁷ Sobre la operatividad de la legítima en la sucesión intestada en estos casos, me remito a lo dicho en *El cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 317 y ss., especialmente, 323 y ss.

⁸ Con más detalle, véase lo que dijimos al respecto en “Sucesión intestada y legítima ...”, op. cit., pp. 1660 y ss. En el mismo sentido de mejora de la posición del cónyuge en cuanto a su legítima, aunque proponiendo una solución distinta de atribución de cuotas en plena propiedad, vid. CARRANCHO HERRERO, M^a T., “Reflexión crítica de los derechos sucesorios del cónyuge viudo en el actual modelo de familia”, *Libro Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, Abril Campoy, J. M. / Amat Llari, M^a E. (Coordinadores), Volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 733 y ss., especialmente, 736 y 737, 747 y ss.

⁹ Vid. FERRER PONS, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, Tomo XXXI, Vol. 1, Artículos 1 a 65 de la Compilación de Derecho civil de Baleares, Edersa, Madrid, 2000, pp. 807 y ss.; GRIMALT SERVERA, P., “Los derechos legitimarios en el Derecho Civil Balear”, *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, Abril Campoy, J. M. / Amat Llari, M^a E. (Coordinadores), Volumen II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 1613 y 1614, 1616 y 1617.

En la misma línea, el art. 58 párrafo primero de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco reconoce al usufructo viudal de Vizcaya, asimilable a una legítima en el sentido de que constituye una atribución sucesoria que limita la libre disposición del causante, la misma extensión de la mitad de la herencia en concurrencia con descendientes del causante. No obstante, no hay que olvidar que este usufructo legal tiene un fundamento muy distinto al de la legítima del Código civil, Baleares o Galicia, pues se concede con la finalidad de mantener al cónyuge que sobrevive al frente de la familia o, dicho de otra manera, de fomentar la continuidad de la

Por lo que se refiere a la sucesión intestada, su ordenación en el Código civil sobre la base de un sistema personal, el romano de las tres líneas, que estructura la jerarquía de llamamientos a partir de la presunción de lo que el causante hubiera querido de haber dispuesto por testamento de la herencia entre sus más próximos, se plasma en lo relativo al cónyuge supérstite en el posicionamiento que le otorga el art. 944 CC, que desde la reforma que llevó a cabo la Ley 11/1981, de 13 de mayo, le llama como heredero legal en defecto de los parientes en línea recta del causante, descendientes y ascendientes, por delante, por tanto, de todos los pertenecientes a la línea colateral¹⁰. El mismo orden sucesorio es el que rige en Baleares y Galicia, pues tanto el art. 53 de la Compilación de Derecho civil de las

comunidad familiar tras el fallecimiento de uno de los cónyuges. Así se deduce de toda la articulación de los derechos del cónyuge en este ordenamiento y, particularmente, del art. 58 párrafo último de la citada Ley del Derecho civil foral del País Vasco cuando dice que “se extinguirá en el caso de ulteriores nupcias o de unión marital de hecho, o de que tuviere durante el matrimonio, o con posterioridad al mismo, un hijo no matrimonial”. *Vid.* PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, *op. cit.*, pp. 163 y ss.

Por el contrario, el art. 253 de la Ley de Derecho Civil de Galicia le concede en este mismo supuesto de concurrencia únicamente el derecho al usufructo de una cuarta parte del haber hereditario, lo cual es llamativo si se tiene en cuenta que la tendencia marcada por este ordenamiento jurídico es hacia la reducción de la legítima del cónyuge: el art. 146.2 de la derogada Ley de Derecho Civil de Galicia de 24 de mayo de 1995 se remitía, como hemos visto, a las cuantías establecidas por el Código civil. *Vid.* ESPINOSA DE SOTO, J. L., *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia, Comentarios a los Títulos IX y X y a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, y a la Ley 10/2007, de 28 de junio*, VVAA, Cora Guerreiro, J. M. – Ordóñez Armán, F. M. – Peón Rama, V. J. (Coordinadores), Volumen II, Colegio Notarial de Galicia – Colegios Notariales de España, Madrid, 2007, pp. 781 y 782, 784 y 785, que lo justifica entendiendo que se trata de una evolución paralela a la sufrida por la legítima de los descendientes, marcada por la flexibilización y la reducción de cuotas.

El cónyuge sobreviviente no tiene sin embargo la condición de legitimario en el Derecho catalán, en el que sólo tiene derecho a la cuarta viudal en caso de necesidad (arts. 379 y ss. CSC), si bien es cierto que, como hemos puesto de manifiesto, esta necesidad habrá de apreciarse con mayor intensidad en función de su nivel de vida a partir de la entrada en vigor de los arts. 452-1 y ss. de la Ley del libro cuarto del Código civil de Cataluña.

Tampoco tiene la condición de legitimario en el Derecho aragonés, en el que sólo lo son los descendientes del causante (art. 171.1 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte), y en el Derecho navarro, en el que la legítima se configura como algo simbólico, sin contenido patrimonial (ley 267 del Fuero Nuevo de Navarra), y únicamente a favor también de los descendientes del causante (ley 268 del mismo Fuero). Los fundamentos sucesorios de estos dos últimos ordenamientos están sin embargo, como en el caso del vasco, bastante alejados de los del Código civil, y, particularmente, la inexistencia de una legítima viudal tiene su compensación en los llamados derechos de viudedad. *Vid.* PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, *op. cit.*, pp. 157 y ss. Un análisis reciente del derecho de viudedad aragonés puede verse en BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E., “La viudedad aragonesa según la Ley de 21 de febrero de 2003”, *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, Abril Campoy, J. M. / Amat Llari, M^a E. (Coordinadores), Volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 311 y ss., especialmente, 327 y ss.

¹⁰ Con anterioridad, el art. 952 CC, proveniente de la redacción originaria, situó el llamamiento del cónyuge a la sucesión intestada tras el de los hermanos y sobrinos del causante. *Vid.* PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, *op. cit.*, pp. 96 y ss., 108 y ss. Sobre la actual sucesión de los colaterales, NÚÑEZ NÚÑEZ, M., *La sucesión intestada de los parientes colaterales*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos – Dykinson, Madrid, 2007, pp. 167 y ss.

Islas Baleares como el art. 267 de la Ley de Derecho Civil de Galicia se remiten a las normas que rigen tal orden de suceder abintestato en el Código civil¹¹.

El cónyuge que sobrevive se intercala de esta manera entre el conjunto de parientes consanguíneos del causante que pueden ser llamados a suceder en la medida en que el antiguo axioma romano que presumía que “el cariño primero desciende, después asciende y, por último, se extiende a los colaterales” tiene que completarse necesariamente con su presencia para poder dar lugar a una representación efectiva de la voluntad de un causante ordinario, medio o típico de la sociedad actual. Otra cosa es hasta qué punto cumple con estas expectativas la concreta ubicación que consagra el aludido art. 944 CC, pues, habiendo pasado ya más de un cuarto de siglo desde la reforma de 13 de mayo de 1981, de nuevo puede constatar-se cómo la realidad de las estructuras familiares se ha modificado considerablemente¹². De hecho, la concentración o “estrechamiento” sociológico de la familia en torno al núcleo que forman padres e hijos seguramente debería provocar una nueva reforma del orden de suceder que diera preferencia al llamamiento del cónyuge sobre el de los ascendientes del causante¹³; como ha sido puesto de manifiesto, parece suficientemente ilustrativo a este respecto el orden de delación de la tutela que recoge el art. 234 CC, en el que el cónyuge que conviva con el tutelado se sitúa en segundo lugar, en defecto únicamente del designado por el propio tutelado en los supuestos llamados de autotutela y con preferencia, por tanto, sobre cualquiera de sus parientes consanguíneos¹⁴.

Téngase en cuenta que esta anteposición en el orden de suceder no privaría a los ascendientes de toda participación en la herencia del hijo premuerto, pues con el sistema legítimo actual tienen garantizada una participación en concurso con el cónyuge equivalente

¹¹ *Vid.*, para Baleares, MIR DE LA FUENTE, T., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, Tomo XXXI, Vol. 1, Artículos 1 a 65 de la Compilación de Derecho civil de Baleares, Edersa, Madrid, 2000, pp. 966 y ss., especialmente, 982 y ss., 986 y ss., y para Galicia, FERNÁNDEZ-CASQUEIRO DOMÍNGUEZ, C. M. / GÓMEZ VARELA, J. M., *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia, Comentarios a los Títulos IX y X y a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, y a la Ley 10/2007, de 28 de junio*, VVAA, Cora Guerreiro, J. M. - Ordóñez Armán, F. M. - Peón Rama, V. J. (Coordinadores), Volumen II, Colegio Notarial de Galicia - Colegios Notariales de España, Madrid, 2007, pp. 830 y ss.

Como particularidad, no obstante, para las islas de Ibiza y Formentera, véase el art. 84 de la citada Compilación balear, en el que, sin perjuicio de la remisión a las normas sobre sucesión intestada del Código civil, se establecen unas cuotas usufructuarias a favor del cónyuge en dicha sucesión intestada para los supuestos de concurrencia con descendientes (sobre la mitad de la herencia) y ascendientes (sobre dos tercios de la herencia) que vienen a operar a modo de compensación por su no consideración como legitimario en ambos territorios (art. 79 de la Compilación). Sobre el tema, MIR DE LA FUENTE, *op. cit.*, pp. 975 y 976; GRIMALT SERVERA, “Los derechos legitimarios en el Derecho Civil Balear”, *op. cit.*, pp. 1617 y 1618, 1622 y 1623.

¹² *Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho civil, Derecho de Familia*, VVAA, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), Bercal, Madrid, 2007, pp. 22 y ss.

¹³ Así ha sido defendido tanto en *El cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, *op. cit.*, pp. 85 y ss., 149 y ss., 234 y ss., como en “Sucesión intestada y legítima ...”, *op. cit.*, pp. 1644 y ss.

¹⁴ *Vid.* CARRANCHO HERRERO, “Reflexión crítica de los derechos sucesorios del cónyuge viudo ...”, *op. cit.*, pp. 734 y 735, 738, 742 y 743, 751.

a un tercio del caudal computable a efectos del cálculo de la legítima en plena propiedad (arts. 807.2º y 809, *in fine*, CC). Esta anteposición del cónyuge sobre los ascendientes del causante está vigente además en el Derecho catalán, cuyo sistema de sucesión intestada es también de base romanista, desde la promulgación de la Ley de Sucesión Intestada de 25 de mayo de 1987, integrada hoy en este punto en el art. 333 CSC, ordenamiento jurídico que permanecerá además con dicho posicionamiento del cónyuge en el orden de llamamientos tras la entrada en vigor el 1 de enero de 2009 de la Ley del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, aprobada por el Parlamento catalán con fecha de 18 de junio de 2008, según establece su art. 442-3 número 2¹⁵.

A nivel de Derecho comparado habría que destacar además el caso del Derecho francés, de nuevo un ordenamiento en el que la sucesión intestada se articula sobre la base de un sistema subjetivo de órdenes sucesorios, que sufrió una importante reforma a raíz de la promulgación de la citada ley 2001-1135, de 3 de diciembre, por la que se modificó el Código civil francés asumiéndose como primer objetivo el proporcionar al cónyuge superviviente una mejor posición en la sucesión legal. En este caso no fue antepuesto frente a todos los ascendientes del causante sino sólo frente a los llamados ascendientes ordinarios (distintos de los padres, llamados ascendientes privilegiados) (art. 757-2 del *Code civil*) y, por supuesto, frente a los hermanos e hijos de hermanos, pero la modificación ha sido igualmente significativa de que los cambios en las relaciones de familia van derivando en reformas legislativas semejantes en este punto.

Además, la cautela del legislador francés en relación con esta anteposición del cónyuge frente a todos los ascendientes del causante es comprensible si se tiene en cuenta que con anterioridad a esta reforma de 2001 el cónyuge seguía pospuesto a los hermanos e hijos de hermanos, con lo cual el salto cualitativo que se ha producido anteponiéndole frente a éstos y frente a los ascendientes ordinarios ha sido muy significativo. Por añadidura, el cónyuge

¹⁵ Los padres del causante tienen igualmente, como hemos visto, la condición de legitimarios (arts. 353 CSC), condición que se conserva para el futuro con el art. 451-4 de la Ley del libro cuarto del Código civil de Cataluña. Es significativo a este respecto que el nuevo art. 442-3 número 2 de dicha Ley del libro cuarto del Código civil de Cataluña se preocupa de decir expresamente, a diferencia del art. 333 CSC y a pesar de ser innecesario, que en este supuesto de llamamiento del cónyuge a la sucesión intestada en defecto de hijos y descendientes “los padres del causante conservan el derecho a legítima”.

En concurso con descendientes del causante, el art. 331 CSC reconoce al cónyuge un usufructo abintestato universal, lo cual puede considerarse una compensación ante el hecho de que en este ordenamiento jurídico no tenga la condición de legitimario sino sólo derecho a la cuarta viudal en caso de necesidad (arts. 379 y ss. CSC y 452-1 y ss. de la Ley del libro cuarto del Código civil de Cataluña). Merece la pena destacar que tal usufructo universal ha sido mejorado con la promulgación de la citada Ley del libro cuarto del Código civil de Cataluña, cuyo art. 442-5 establece la posibilidad de su conmutación a instancias del propio cónyuge por el usufructo vitalicio de la vivienda habitual, o de la parte de la misma que perteneciera al causante, más la cuarta parte de la herencia intestada (sin contar el valor de tal usufructo sobre la vivienda habitual), cuarta parte que a su vez puede ser satisfecha en dinero o en bienes hereditarios, a elección de los herederos. Esta facultad del cónyuge de pedir la conmutación del usufructo universal no sólo permite solucionar los problemas que plantee en determinado tipo de patrimonios, sobre todo de carácter empresarial, sino que también, en palabras del legislador, “mejora sensiblemente la posición de éste en la sucesión intestada”. Cfr. el Preámbulo de la Ley, V.

que sobrevive tiene derecho a diversas cuotas de participación en la herencia legal en los supuestos en que concurra con los órdenes sucesorios antepuestos, es decir, con descendientes o ascendientes privilegiados. Estas cuotas palian de alguna manera el hecho de que el cónyuge en el Derecho francés sólo sea reservatario, destinatario de una porción mínima de la herencia (la cuarta parte en propiedad), en defecto de descendientes del causante (art. 914-1 del *Code civil*), y ponen por tanto de manifiesto que no queda excluido de participar en dicha herencia cuando son llamados tales descendientes del causante¹⁶. Aun con todo, hay que subrayar el hecho de que el sistema sucesorio del Código civil español, en el que el cónyuge es legitimario en todo caso (art. 807.3º CC), le protege mejor, pues las cuotas intestadas que le concede el Derecho francés en concurso con los descendientes carecen de la garantía de una legítima (o, en su caso, *réserve* hereditaria)¹⁷.

En definitiva, se puede hablar de una tendencia legislativa a otorgar un mayor protagonismo al cónyuge del causante en su sucesión, que además no se limita a los derechos sucesorios legales sino que tiene las más diversas manifestaciones, como la que en nuestro ámbito jurídico ha representado la modificación del art. 831 CC por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, que posibilita que el testador le atribuya importantes facultades de valoración y decisión en relación con el reparto de su herencia o, dicho de otra manera, le convierta en destinatario del ejercicio de funciones muy relacionadas con el papel que desempeña un continuador del causante¹⁸. Esta tendencia no constituye sin embargo nada nuevo pues, como poníamos de manifiesto al inicio de este trabajo, la mejora de los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente constituye una constante histórica que viene marcada por la propia evolución social; otra cosa es que en los últimos tiempos se haya intensificado y que el futuro próximo le augure además cambios importantes¹⁹.

Pues bien, sobre la base de estas consideraciones previas, pasamos a ver seguidamente la incidencia que ha tenido la Ley 15/2005 en los derechos sucesorios reconocidos al cónyuge sobreviviente por el Código civil para, a partir de ahí, deducir las líneas o tendencias de reforma que pueda considerarse que se han marcado en todo lo relativo a ello.

¹⁶ En concurrencia con hijos o descendientes del difunto comunes de ambos cónyuges tiene derecho a optar entre un cuarto de la herencia en plena propiedad o el usufructo de la totalidad (art. 757 del *Code civil*) (conmutable por una renta vitalicia o un capital a instancia de los herederos nudo propietarios o del propio cónyuge). Si no ejercita la opción en un plazo de tres meses desde la muerte del causante o fallece él mismo sin haberla ejercitado se entiende que ha optado por el derecho usufructuario (arts. 758-3 y 4 del *Code civil*). En concurso con algún hijo o descendiente no común tiene derecho a un cuarto de la herencia en plena propiedad (art. 757 del *Code civil*). En concurso con los padres del causante tiene derecho a la propiedad de la mitad de la herencia y, si premuere uno de ellos, a la propiedad de un cuarto (art. 757-1 del *Code civil*). Vid. FORGEARD, M. - C. / CRÔNE, R. / GELOT, B., *La réforme des successions, (Loi du 3 décembre 2001)*, Commentaire & Formules, Répertoire du notariat Defrénois, Paris, 2002, pp. 8 y 9, 13 y ss.

¹⁷ Vid. PÉREZ ESCOLAR, "Sucesión intestada y legítima ...", *op. cit.*, pp. 1662 y 1663.

¹⁸ Vid. PÉREZ ESCOLAR, "Sucesión intestada y legítima ...", *op. cit.*, pp. 1648 y ss.

¹⁹ Vid. CÁMARA LAPUENTE, S., "¿Derecho europeo de sucesiones? Un apunte", *Derecho privado europeo*, VVAA, Sergio Cámara Lapuente (coordinador), Colex, Madrid, 2003, pp. 1200 y ss.

II. EL ARTÍCULO SEGUNDO DE LA LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO

La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, dedicó su artículo segundo a la “modificación de la regulación de los derechos del cónyuge viudo en el Código civil”, con lo cual se aprovechó la ocasión de la reforma de dicho Código civil en materia de separación y divorcio (artículo primero), objetivo prioritario de la Ley, para solucionar también los aspectos que en aquel momento bien podrían haberse calificado de más urgentes de entre todos los que conforman la problemática que plantea la sucesión legal entre cónyuges, los relacionados con tal objetivo prioritario de la Ley o, dicho de otra manera, con la incidencia de las situaciones de crisis matrimonial en la legítima y en la sucesión intestada del cónyuge supérstite²⁰, y los relacionados con la supresión de algunas normas inconstitucionales²¹.

En concreto, el aludido artículo segundo de la Ley 15/2005 ha afectado a los arts. 834 y 835 (presupuestos subjetivos de la legítima), 837 párrafo segundo (supresión), 840 (conmutación de la legítima en concurrencia con “hijos sólo del causante”) y 945 (presupuestos subjetivos del llamamiento a la sucesión intestada) CC, de lo cual se deduce que la reforma gira fundamentalmente en torno a la modificación de los requisitos subjetivos de ambas instituciones, legítima y sucesión intestada del cónyuge, en relación con los supuestos en que en el momento del fallecimiento de uno de los cónyuges exista una situación de separación judicial o de hecho, a las que se dota por primera vez de plena relevancia, según veremos, a estos efectos (arts. 834, 835 y 945 CC).

Las restantes modificaciones carecen de relación con el objeto de la Ley 15/2005, las crisis matrimoniales. Su justificación vino sin embargo seguramente exigida por la necesidad de eliminar del ordenamiento jurídico normas inconstitucionales, en concreto, las que se contenían en los arts. 837 párrafo segundo y 840 CC, provenientes de la reforma de 13 de mayo de 1981²². El primero de ellos se refería a la cuantía de la legítima del cónyuge en el supuesto de que concurriera a la herencia únicamente con los que llamaba “hijos sólo de su

²⁰ Para un análisis de los problemas que tales situaciones de crisis matrimonial generan en la sucesión testamentaria, *vid.* TORRES GARCÍA, T. F., “Disposiciones testamentarias y vicisitudes del matrimonio”, *Estudios de Derecho civil homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Teodora F. Torres García (Coordinadora), Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 2005, pp. 9 y ss.

²¹ En este sentido, la Profesora TORRES GARCÍA dice que nos encontramos ante una “reforma de mínimos”. (“Legítima, legitimarios y libertad de testar, ...”, *op. cit.*, p. 219).

²² De la tramitación parlamentaria de la reforma de ambos preceptos no se deduce sin embargo ninguna justificación expresa al respecto, pues tanto la supresión del anterior art. 837 párrafo segundo CC como la modificación del art. 840 CC proceden directamente del proyecto de ley habiendo permanecido en el sentido propuesto y sin ninguna enmienda durante toda su tramitación. Así, *cfr.* *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 16-1, 1 de diciembre de 2004, p. 4, para el proyecto de ley, Núm. 16-9, 29 de marzo de 2005, p. 56, con el índice de enmiendas del Congreso, y *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, Serie II, Núm. 14 (c), 26 de mayo de 2005, p. 29, con el índice de enmiendas del Senado.

consorte concebidos constante el matrimonio de ambos” o, en terminología de otro tiempo, hijos adulterinos, cuantía que se incrementaba hasta la mitad del caudal computable a efectos del cálculo de dicha legítima frente al usufructo del tercio de mejora que contempla el art. 834 CC. para los casos ordinarios de concurso con descendientes del causante. Por su parte, el art. 840 CC contemplaba un supuesto específico de conmutación de la legítima viudal para este mismo caso de concurso sucesorio consistente en la posibilidad del cónyuge de pedir tal conmutación de la parte de su legítima que gravara la parte de la herencia correspondiente a este tipo de hijos por un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios, a elección de los hijos.

Y es que la voluntad del legislador de “compensar” al cónyuge sobreviviente por el hecho de tener que compartir la herencia con este tipo de hijos a través de la atribución de una cuota legitimaria más amplia que la que le corresponde de ordinario en concurso con descendientes era claramente inconstitucional por consagrar una desigualdad de trato no justificada por razón de filiación (art. 14 CE), pues, aunque a tales hijos no se les disminuía su cuota legitimaria, cabía la posibilidad de que tuvieran que soportar un gravamen usufructuario correspondiente a la legítima del cónyuge de mayor extensión que si no tuvieran las características referidas, el correspondiente al exceso del tercio de mejora hasta llegar a la referida cuota de la mitad, que había de aplicarse al tercio de libre disposición, disminuyéndose así de esta forma indirecta sus posibilidades de participar en la herencia simplemente por el hecho de haber sido concebidos en unas determinadas circunstancias²³.

Son sin duda estas razones las que debieron llevar al legislador de 2005 a considerar la urgencia de la supresión del art. 837 párrafo segundo CC, aun a pesar de su falta de relación con el objeto de la Ley, y, coherentemente, a suprimir también la facultad de conmutación específica de la legítima del cónyuge que para el mismo tipo de supuestos se preveía en el art. 840 CC²⁴. Tal facultad de conmutación ha sido transformada en una semejante, que con iguales características que la anterior atiende al mismo fin de evitar al cónyuge relaciones jurídicas posiblemente incómodas con determinados sucesores²⁵, pero aplicable con carácter genérico a todos los casos en que la concurrencia sucesoria se plantee entre tal cónyuge que sobrevive e “hijos sólo del causante”, hijos, por tanto, no comunes, pero de cualquier condición, es decir, provenientes de un matrimonio anterior del causante o extramatrimo-

²³ Siempre en la sucesión intestada y en la sucesión testamentaria cuando fueran los destinatarios del tercio de libre disposición. Vid. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 256 y ss., y bibliografía allí citada.

²⁴ En el mismo sentido, CRESPO MORA, M^a C., “Repercusiones sobre el Derecho de sucesiones de las reformas proyectadas en materia de separación y divorcio: consideraciones críticas”, *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, Jornadas internacionales sobre las reformas del Derecho de familia, Ponencias y comunicaciones, Madrid, 27, 28 y 29 de junio de 2005, Fátima Yáñez Vivero / Araceli Donado Vara / M^a Fernanda Moretón Sanz (Coordinadoras), Carlos Lasarte Álvarez (Director), Uned - Idadfe - El Derecho Editores, Madrid, 2006, p. 664.

²⁵ Vid. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 263 y 264.

niales, y en este último caso con independencia del momento de su concepción, vigente el matrimonio que se extingue con la apertura de la sucesión o no²⁶.

III. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS DE LA LEGÍTIMA VIUDAL

1. El art. 834 CC

A. Desaparición de reminiscencias culpabilistas

La primera modificación de los presupuestos subjetivos que condicionan el derecho del cónyuge supérstite a legítima ha consistido en la supresión de la referencia a la “culpa” de uno de los cónyuges que se contenía en el art. 834 CC como condicionante de una situación de separación judicial en la que hipotéticamente pueden encontrarse los cónyuges al tiempo del fallecimiento de uno de ellos. Así, este precepto decía que para que dicha separación judicial fuera una circunstancia que no privara al cónyuge sobreviviente de derecho a legítima ésta debía haber sido declarada “por culpa del difunto”, lo cual constituía una reminiscencia de un sistema de separación culpabilista que la Ley 30/1981, de 7 de julio, no consiguió eliminar, y que por esta razón el legislador de 2005 asumió como objetivo prioritario plasmándose en este punto en la desaparición de la aludida mención.

Habiéndose configurado definitivamente la separación judicial como un derecho en el que las causas que pueden motivar su petición carecen de relevancia jurídica a estos efectos (antiguo art. 82 CC, sin contenido desde la promulgación de la Ley 15/2005)²⁷, era obligado suprimir aquella referencia del art. 834 CC²⁸, pues si, efectivamente, la continuación de la vida matrimonial no puede hacerse depender de otra cosa que no sea la voluntad de cualquiera de los cónyuges derivada de la existencia o no de *affectio maritalis*, el derecho a legítima del que sobrevive responde a planteamientos semejantes: deja de tener sentido en

²⁶ El nuevo art. 840 CC no dice además que estos “hijos sólo del causante” concurrentes a la sucesión con el cónyuge viudo tengan que ser los únicos hijos, como decía el anterior, con lo cual cabe la posibilidad de conmutación en supuestos de concurso de tales hijos con otros comunes a ambos cónyuges, en cuyo caso dicha conmutación sólo podrá pedirla el sobreviviente, dado el sentido de la norma, en relación con la parte de usufructo que recaiga sobre la parte del tercio de mejora que corresponda a los primeros.

²⁷ Vid. MARÍN LÓPEZ, M. J., *Manual de Derecho civil, Derecho de Familia*, VVAA, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), Bercal, Madrid, 2007, pp. 81 y 82.

²⁸ Semejante es la que se mantiene en el art. 45 párrafo primero de la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares, aplicable a la legítima del cónyuge de Mallorca y Menorca: “El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado de hecho ni en virtud de sentencia firme, salvo que en ambos casos lo estuviere por causa imputable al difunto, será legitimario en la sucesión de éste”. Y, en el mismo sentido, el art. 59 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco, que dice que “carecerá de derechos sucesorios en la herencia de su consorte el divorciado o el cónyuge separado por causa a él imputable”. Hay que entender que desde la Ley 15/2005 ambas normas son inaplicables en lo referido a tal imputabilidad de la causa de la separación.

situaciones de crisis matrimonial, que evidencian la desaparición de tal vínculo de afección, con independencia de los motivos que hayan llevado a tales situaciones de crisis.

Téngase en cuenta que esta vigencia de la mención a la “culpa del difunto” hasta su supresión en 2005 dio lugar a que el art. 834 CC tuviera que ser aplicado en sus propios términos en los casos —excepcionales— en que la sentencia de separación contuviera alguna declaración al respecto y, por tanto, no se fundamentara únicamente en la desaparición de la *affectio maritalis*²⁹. Sirvan como ejemplos la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2005, que declaró la inexistencia de derecho a legítima del cónyuge sobreviviente separado alegando la ausencia de declaración de culpa en relación con la causa de la separación en la sentencia que la dictaminó³⁰, y, en sentido contrario, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de marzo de 2005, que, ante un supuesto de separación judicial declarada sobre la base del incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales del marido fallecido (antiguo art. 82.1ª CC), reconoció el derecho a legítima de la viuda “como resulta palmariamente del artículo 834 del Código civil”³¹.

B. Introducción de la separación de hecho

La Ley 15/2005 ha afectado también de manera importante a los presupuestos subjetivos que condicionan el derecho a legítima del cónyuge que sobrevive como consecuencia de la introducción en el art. 834 CC de la separación de hecho como causa de exclusión de dicho derecho a legítima. Con ello se ha dado respuesta a las demandas doctrinales que se habían formulado en este sentido sobre la base de que, efectivamente, nos encontramos ante una situación de crisis conyugal reveladora de la desaparición de la relación de proximidad que en circunstancias ordinarias une a los cónyuges y, por tanto, reveladora de la desaparición del fundamento que justifica el que se produzca cualquier tipo de atribución sucesoria de uno a favor del otro. Se ha tratado, en definitiva, de reconocer un presupuesto convivencial de la legítima que se deriva del hecho de que la desaparición de la comunidad de vida conyugal o, si se quiere, de la *affectio maritalis*, conlleva también la desaparición del deber moral de asistencia hacia los próximos que justifica la institución de la legítima³²; presupuesto convivencial que por otro lado ya recogía el citado art. 45 párrafo primero de

²⁹ Sobre las razones que justificaban esta aplicación frente a las opiniones doctrinales contrarias a ello, me remito a lo dicho en *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 360 y ss., especialmente, 371 y ss., y “Sucesión intestada y legítima ...”, op. cit., p. 1670.

³⁰ Fundamento de Derecho Quinto. Cfr. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* (R. J. A.) nº 2912.

³¹ Fundamento de Derecho Segundo. Cfr. R. J. A. nº 3479.

³² Vid. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 406 y ss., especialmente, 414 y 415.

la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares y que aparece igualmente en el art. 238.2º de la Ley de Derecho Civil de Galicia³³.

Es cierto que la separación de hecho puede plantear, como todas las situaciones fácticas, una problemática probatoria en los casos en que el cónyuge supérstite niegue su existencia³⁴; no obstante lo cual, entre las razones de justicia material y de seguridad jurídica que pueden concurrir confrontadas en este tipo de casos entendemos que, por lo expuesto, son prevalentes las primeras y que, por tanto, el criterio del legislador estatal y de algunos legisladores autonómicos de considerar la separación de hecho como tal a estos efectos es acertado. No se olvide que el concepto de separación de hecho que maneja el Derecho de familia y, por tanto, el Derecho civil, es el que la equipara con un cese efectivo de la convivencia conyugal en el que lo determinante es no sólo el cese de la convivencia entendido en sentido físico sino también la desaparición de la voluntad de mantener una comunidad de vida matrimonial en uno o ambos cónyuges³⁵.

Además, esta modificación ha conseguido acabar con los problemas interpretativos que se planteaba con anterioridad a la reforma cierto sector doctrinal sobre la base de la diversidad de presupuestos subjetivos que se contenían en los arts. 945 CC (procedente de la reforma de 13 de mayo de 1981), para la sucesión intestada, y 834 CC (intocado desde la reforma de 24 de abril de 1958), para la legítima: mientras el primero decía que el cónyuge no era llamado como heredero legal en casos de separación de hecho por mutuo acuerdo que constara fehacientemente, el segundo no reconocía la separación de hecho en ningún supuesto a efectos de privar al cónyuge de derecho a legítima.

³³ “Son legitimarios : (...) 2º. El cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho”. Con ello, esta Ley de Derecho Civil de Galicia de 14 de junio de 2006 habría recogido la tendencia marcada en este punto por el legislador estatal de 2005, pues la anterior de 24 de mayo de 1995 se remitía a lo establecido en el Código civil (que hasta la reforma en cuestión no contemplaba la separación de hecho en el art. 834 CC).

Por el contrario, el usufructo viudal de Vizcaya parece que sólo queda excluido en supuestos de separación judicial. Así, según el citado art. 59 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco, “carecerá de derechos sucesorios en la herencia de su consorte el divorciado o el cónyuge separado por causa a él imputable”, expresión esta última que hay que entender referida a dicha separación judicial. No hay que olvidar, no obstante, el peculiar significado que tiene este derecho, al que nos hemos referido anteriormente.

³⁴ La explicación de la tramitación parlamentaria de la reforma del art. 834 CC en este punto puede verse en PÉREZ ESCOLAR, “Sucesión intestada y legítima ...”, *op. cit.*, p. 1672, nota 65, de la que lo más destacable son precisamente las enmiendas que se propusieron en contra alegando las dificultades de prueba que puede conllevar una situación de separación de hecho. En el mismo sentido, CRESPO MORA, “Repercusiones sobre el Derecho de sucesiones de las reformas proyectadas ...”, *op. cit.*, pp. 661 y 662, 664, y, en relación con el art. 238.2º de la Ley de Derecho Civil de Galicia, ESPINOSA DE SOTO, *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia*, *op. cit.*, pp. 629 y 630.

³⁵ *Vid.* MARÍN LÓPEZ, *Manual de Derecho civil, Derecho de Familia*, *op. cit.*, p. 89; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (Coordinador) / DE PABLO CONTRERAS, P. / PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., *Curso de Derecho Civil (IV), Derecho de Familia*, Colex, Madrid, 2007, p. 159. Por ello habría que considerar esta situación no incompatible con la vida en el mismo domicilio cuando ello obedezca a motivos justificados como los que contemplaba el antiguo art. 87 CC., hoy derogado (necesidad, interés de los hijos...), a pesar igualmente de las dificultades de prueba que pueda llevar consigo.

Ante esta diversidad de regulación, hubo autores que sostuvieron que la separación de hecho del art. 945 CC era igualmente operativa en el ámbito de la legítima, alegándose a estos efectos como argumentos, entre otros, la necesidad de interpretar el art. 834 CC conforme a la realidad social recogida por la reforma de 1981, que concedió trascendencia jurídica a las situaciones de separación de hecho; la prevalencia de la ley posterior sobre la anterior, e, incluso, la procedencia de una aplicación analógica del art. 945 CC al ámbito de la legítima³⁶. Sin embargo, tratándose de instituciones distintas, sucesión intestada y legítima, estaba justificado que el legislador mantuviera una regulación diferenciada para cada una de ellas, por lo que desde el punto de vista técnico seguramente no era correcto interpretar el art. 834 CC bajo la óptica del art. 945 CC, sin perjuicio de su necesidad de reforma³⁷. En este sentido se pronunció la famosa Resolución de la DGRN de 25 de junio de 1997³⁸, cuya interpretación fue además recogida por sentencias bastante próximas a la Ley 15/2005³⁹. En cualquier caso, la polémica ha quedado superada tras la modificación del art. 834 CC, por lo que también en este sentido la actuación del legislador de 2005 merece un juicio favorable⁴⁰.

2. El art. 835 CC y la reconciliación de los cónyuges separados

La Ley 15/2005 ha modificado también el art. 835 CC en lo referente a dos cuestiones bien distintas. Por un lado se ha suprimido el antiguo art. 835 párrafo primero CC, que determinaba la necesidad de esperar “al resultado del pleito” en los casos en que el fallecimiento de uno de los cónyuges se produjera estando pendiente el proceso judicial de separación entre ambos. Estos supuestos de apertura de la sucesión en situación de litispendencia obligaban, por tanto, a los herederos del difunto a asumir su posición procesal como excepción al carácter personalísimo de la acción de separación con la finalidad de que la continuación del pleito derivara en la determinación del derecho o no a legítima del cónyuge sobreviviente en función de que la sentencia dejara o no constancia de la “culpa del difunto” en relación con la causación de la crisis matrimonial⁴¹.

³⁶ Con detalle, en PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 406 y ss.

³⁷ Así lo defendimos en *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 409 y ss.

³⁸ R. J. A. n° 4571.

³⁹ Así, la SAP de Cuenca de 4 de marzo de 2004 (R. J. A. n° 484), en la que se mantiene el derecho a legítima del cónyuge que sobrevive ante un caso de separación de hecho por mutuo acuerdo y que constaba fehacientemente. En el mismo sentido, las SSAP de La Coruña de 16 de noviembre de 2000 (R. J. A. n° 109598 de 2001) y de Valencia de 17 de mayo de 2003 (R. J. A. n° 172054).

⁴⁰ En este sentido, CRESPO MORA, “Repercusiones sobre el Derecho de sucesiones de las reformas proyectadas ...”, op. cit., pp. 659 y ss.

⁴¹ El TC ha reconocido además otro tipo de excepciones al carácter personalísimo de la acción de separación. Otra cosa es el caso de la acción de divorcio, que afecta al vínculo matrimonial que se constituyó mediante la prestación de un consentimiento también insustituible. Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Curso de Derecho Civil (IV)*, ..., op. cit., pp. 156 y 157, 164.

Pues bien, la inclusión en el art. 834 CC de la separación de hecho como causa de no adquisición del derecho a legítima y la desaparición del mismo de aquella mención a la “culpa” del causante dejaban sin sentido tal necesidad de continuar el pleito de separación, por lo que forzosamente se tuvo que proceder a la supresión del entonces primer párrafo del art. 835 CC: el cónyuge que sobrevive en situación de separación de hecho o cese efectivo de la convivencia conyugal, en la que se encontrará un matrimonio en proceso de separación judicial⁴², carece directamente de derecho a legítima, aparte de que ahora es además irrelevante la eventual “culpa” en que hubiera podido incurrir el causante a estos efectos.

Por otra parte, la Ley 15/2005 ha modificado el antiguo párrafo segundo del art. 835 CC, hoy único, relativo a los supuestos en que se produce la reconciliación de los cónyuges separados judicialmente. La reforma se ha producido en dos sentidos:

- El de eliminar, por superflua, la referencia que se hacía al perdón de uno de los cónyuges hacia el otro, se entiende que en relación con las causas que motivaron la separación, como supuesto determinante de la conservación del derecho a legítima del sobreviviente. La referencia en cuestión no tenía sentido dado que en la práctica equivalía a la misma reconciliación conyugal a la que se refería alternativamente el precepto: sólo el perdón que daba lugar a una reanudación de la vida matrimonial y, por tanto, a una verdadera reconciliación conyugal, podía considerarse relevante a efectos de que el cónyuge supérstite conservara su derecho a legítima⁴³.
- El de introducir la necesidad de que tal reconciliación sea notificada al juzgado que conoció de la separación, y “de conformidad con el artículo 84 de este Código”, para que pueda ser determinante de dicha conservación del derecho a legítima. Con ello se aceptó la enmienda número 65 formulada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Catalán (*Convergència i Unió*), que se justificó por razones de seguridad jurídica⁴⁴, imposibilitándose así que las llamadas reconciliaciones tácitas, no puestas en conocimiento del juez que conoció de la separación y por “ambos cónyuges separadamente”, según la nueva redacción del art. 84 CC, den lugar a que el cónyuge supérstite que reanudó plenamente la convivencia matrimonial con el premuerto tenga derecho a legítima sobre su herencia.

Ello sí era posible que sucediera antes de la reforma siempre que lógicamente, en caso de conflicto, el cónyuge sobreviviente probara suficientemente la realidad de la reconci-

⁴² Según el art. 102.1º C. c., la presunción de convivencia conyugal cesa una vez admitida a trámite la demanda de nulidad, separación o divorcio.

⁴³ *Vid.* PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, *op. cit.*, pp. 385 y 386.

⁴⁴ En concreto, se dijo que se pretendía evitar controversias sobre la efectividad de la reconciliación en los casos en que no se notifica al juzgado. Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 16-8, 15 de marzo de 2005, p. 44. Las referencias a la trayectoria que siguió la enmienda en la tramitación parlamentaria pueden verse en PÉREZ ESCOLAR, “Sucesión intestada y legítima ...”, *op. cit.*, p. 1675, nota 72.

liación conyugal⁴⁵; tal fue el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 5 de mayo de 1999, en el que la reconciliación tácita o no notificada al juzgado se había prolongado durante los trece años previos al fallecimiento de uno de los cónyuges⁴⁶. Y es que el derecho a legítima del sobreviviente debería de haberse conservado en estos casos por varias razones:

- Porque lo contrario supone una incoherencia del propio legislador de 2005, que por primera vez afirma el presupuesto convivencial de la legítima viudal en el art. 834 CC introduciendo la separación de hecho como causa de exclusión del derecho y seguidamente parece negar el mismo presupuesto convivencial en el art. 835 CC negando eficacia a las reconciliaciones tácitas.
- Porque, si la reconciliación conyugal se produce, el derecho a legítima del cónyuge que sobrevive es una exigencia de justicia material que deriva del fundamento de la institución, que pivota sobre la base de la existencia de una relación de proximidad muy acentuada entre causante y legitimario. Tal exigencia de justicia material entiendo que debe prevalecer sobre el principio de seguridad jurídica.
- Por último, porque la notificación al juez de que los cónyuges separados han reanudado su vida matrimonial representa, según la opinión mayoritaria, un deber jurídico de ambos pero no un requisito constitutivo de la reconciliación, que se produce directamente como consecuencia de tal reanudación de la vida conyugal con voluntad de que cesen los efectos de la situación de separación⁴⁷.

Además, ahora cabe plantearse la duda de si esta exigencia de notificación es aplicable por analogía a efectos de la sucesión intestada del cónyuge supérstite, en cuya sede no se dice nada al respecto (arts. 944 y 945 CC), aunque las razones expuestas entendemos que deben inclinar por su consideración como norma excepcional y, por tanto, no susceptible de ser aplicada analógicamente a un supuesto distinto de aquel al que específicamente está referida (art. 4.2 CC).

La reforma del art. 835 CC debería de haber consistido simplemente en su supresión, pues decir, como decía antes de la reforma, que la reconciliación conyugal da lugar a que el cónyuge sobreviviente conserve su derecho a legítima no es sino reiterar lo que ya se dispone con carácter general en el art. 84 párrafo primero CC, que la reconciliación deja sin eficacia las consecuencias jurídicas que hubiera generado la separación judicial: no hace

⁴⁵ Vid. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 388 y 389.

⁴⁶ R. J. A. n° 5352.

⁴⁷ La notificación de la reconciliación facilita su prueba y sirve para dejar sin efecto lo resuelto en el proceso de separación (art. 84 CC) pero no es un requisito para su validez y eficacia como tal reconciliación. Podría decirse por ello que la ausencia de notificación determina que no tenga una eficacia plena pero no que sea ineficaz. La exigencia de notificación “separada” por parte de ambos cónyuges según requiere el actual art. 84 CC tampoco altera la naturaleza jurídica de esta notificación, que sigue sin ser requisito constitutivo de la reconciliación conyugal. Vid. MARÍN LÓPEZ, *Manual de Derecho civil, Derecho de Familia*, op. cit., pp. 87 y 88; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Curso de Derecho Civil (IV)*, ..., op. cit., pp. 158 y 159.

falta que se diga específicamente a efectos del derecho a legítima de la misma forma que no se dice a otros efectos, como, por ejemplo, en relación con el derecho a ser heredero en la sucesión intestada. No se ha seguido sin embargo esta opción sino la de mantener la norma añadiendo el requisito de la notificación al juzgado, con lo cual se ha desaprovechado la oportunidad de eliminar un precepto superfluo convirtiéndole por todo lo expuesto en uno de carácter bastante problemático⁴⁸.

IV. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS DEL LLAMAMIENTO DEL CÓNYUGE A LA SUCESIÓN INTESTADA: EL ART. 945 CC

El art. 945 CC excluye el llamamiento del cónyuge supérstite a la sucesión intestada en los supuestos en que, al tiempo de producirse el fallecimiento de su consorte, exista entre ellos una situación de separación judicial o de hecho. Por lo que se refiere a esta última, la Ley 15/2005 ha suprimido los requisitos que anteriormente habían de acompañarla para que pudiera operar como causa de exclusión del llamamiento hereditario del cónyuge a la sucesión intestada, que fuera de mutuo acuerdo y que constara fehacientemente⁴⁹, con lo cual el legislador de 2005 ha entendido con buen criterio que la sola existencia de una situación de crisis matrimonial que implica el cese efectivo de la convivencia conyugal es causa suficiente para excluir la posibilidad de que los cónyuges separados se hereden entre sí: desaparecida la *affectio maritalis* desaparece el fundamento de la sucesión intestada del cónyuge, con independencia de las circunstancias particulares de cada caso concreto⁵⁰. El art. 442-6 número 1 de la recientemente aprobada Ley del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, de 18 de junio de 2008, refleja el mismo pensamiento al excluir el derecho a suceder abintestato del cónyuge sobreviviente en los casos de separación judicial o de hecho, o en los que esté pendiente una demanda de nulidad, separación o divorcio, con lo cual se eliminan también para las sucesiones abiertas tras su entrada en vigor el 1 de enero de 2009 los requisitos que el todavía vigente art. 334.2º CSC requiere que concurran en la separación de hecho para que dé lugar a la pérdida del derecho en cuestión,

⁴⁸ Téngase además en cuenta que tanto la separación judicial como, consecuentemente, la reconciliación de los cónyuges separados, están llamadas a convertirse en figuras residuales tras haber dejado de contemplarse dicha separación como un paso previo al divorcio, al que desde la reforma de 2005 se puede acudir siempre directamente (art. 86 CC). *Vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Curso de Derecho Civil (IV)*, ..., *op. cit.*, pp. 156 y 157, 164 y 165.

⁴⁹ La tramitación parlamentaria de esta reforma, que tiene su origen en la enmienda número 49 formulada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Socialista, puede verse en PÉREZ ESCOLAR, “Sucesión intestada y legítima ...”, *op. cit.*, p. 1673, nota 66.

⁵⁰ Me remito de nuevo a lo dicho al respecto en otras ocasiones. *Vid.* *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, *op. cit.*, pp. 390 y ss., y “Sucesión intestada y legítima ...”, *op. cit.*, p. 1674.

Recuérdese que tanto el art. 53 de la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares como el art. 267 de la Ley de Derecho Civil de Galicia se remiten a las normas que rigen la sucesión intestada en el Código civil, remisión que debe entenderse como dinámica, es decir, a las que estén vigentes en cada momento.

que lo haya sido “con ruptura de la unidad familiar, por mutuo consentimiento expresado formalmente o por alguna de las causas que permiten la separación judicial o el divorcio”, éstas últimas además inexistentes desde la derogación del art. 82 CC y modificación del 86 CC por la Ley 15/2005⁵¹.

Pues bien, la reforma del art. 945 CC puede afirmarse que constituye un acierto no sólo por el hecho de haber consagrado definitivamente el fundamento convivencial del llamamiento hereditario del cónyuge a la sucesión intestada sino también por haber conseguido acabar con los problemas interpretativos que planteaban los aludidos requisitos que con anterioridad habían de concurrir en la separación de hecho para que produjera el efecto en cuestión de excluir tal llamamiento del cónyuge, que fuera de mutuo acuerdo y que constara fehacientemente, respecto de los cuales la doctrina discutía en torno a, primero, si aquel mutuo acuerdo de los cónyuges comprendía, aparte de los supuestos en que fuera expreso, aquellos otros en que la separación se hubiera producido a instancia de uno sólo de los cónyuges pero con el consentimiento del otro (mutuo acuerdo tácito)⁵², y, segundo, si la constancia fehaciente de la situación de separación de hecho exigía algún tipo de prueba documental o, por el contrario, podía ser probada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho⁵³. Todo ello conllevaba sin duda una carga importante de inseguridad jurídica que debe tenerse en cuenta para contrarrestar las críticas que se formulan a la prevalencia otorgada en este punto por el legislador a las razones de justicia material sobre las de seguridad jurídica derivadas de las posibles dificultades de prueba que puede conllevar una separación de hecho⁵⁴.

En realidad, el mantenimiento de cualquiera de los dos requisitos no tenía mucho sentido. La exigencia de que la separación fuera de mutuo acuerdo porque, según hemos expuesto, la sola existencia de una situación de crisis conyugal como es la separación de

⁵¹ Por el contrario, en la misma línea que el anterior art. 945 CC de exigencia de requisitos a la separación de hecho para que pueda operar como causa de exclusión del derecho a suceder del cónyuge que sobrevive, el art. 216 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón, que exige que exista separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente para que quede excluido de la posibilidad de suceder en los bienes no troncales en defecto de descendientes y ascendientes (art. 202). De manera más compleja, la Ley 304.5 del Fuero Nuevo de Navarra en conexión con la Ley 254 del mismo Fuero requiere que la separación de hecho reúna también varios requisitos para excluir su sucesión en dicho tipo de bienes, que de no concurrir se opera en favor del cónyuge separado en defecto de descendientes, ascendientes, hermanos y descendientes de estos últimos premuertos.

El citado art. 59 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco, complementario del art. 69 de la misma Ley, parece que no contempla la posibilidad de que el derecho a suceder del cónyuge viudo en los bienes no troncales, en defecto de descendientes y ascendientes del causante, quede excluido en supuestos de separación de hecho (“carecerá de derechos sucesorios en la herencia de su consorte el divorciado o el cónyuge separado por causa a él imputable”, expresión esta última que hay que entender referida a la separación judicial).

⁵² Así, la SAP de Burgos de 26 de enero de 2001 (*R. J. A.* n.º 82950).

⁵³ Así, las SSAP de Girona de 6 de noviembre de 1999 (*R. J. A.* n.º 2244), de Valladolid de 14 de febrero de 2000 (*R. J. A.* n.º 484) y la citada de Burgos de 26 de enero de 2001.

⁵⁴ Así, por ejemplo, FERNÁNDEZ-CASQUEIRO DOMÍNGUEZ / GÓMEZ VARELA, *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia*, op. cit., p. 845, nota 26.

hecho es suficientemente significativa por sí misma, con independencia de que haya sido o no provocada unilateralmente, de la desaparición del fundamento que justifica el llamamiento hereditario del cónyuge que sobrevive⁵⁵. Y la exigencia de que dicha separación de hecho constara fehacientemente porque si, como consideraba la jurisprudencia, era algo que podía ser acreditado a través de cualquier medio de prueba admitido en Derecho⁵⁶, se trataba de una referencia superflua: la separación de hecho se configura como un requisito que condiciona la atribución de un derecho, consecuentemente, ese requisito requerirá ser probado en caso de conflicto, por cualquier medio, sin necesidad de que aluda a ello específicamente una norma⁵⁷.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: TENDENCIAS DE REFORMA

Visto el contenido de la modificación que la Ley 15/2005 ha efectuado sobre los derechos sucesorios del cónyuge, puede decirse que si por algo se ha caracterizado es por la acertada reafirmación que ha realizado del papel de la separación de hecho en el ámbito sucesorio en cuanto determinante de la desaparición de la comunidad de vida que justifica la sucesión entre cónyuges. Ello lleva necesariamente a otra cuestión que, sin embargo, todavía no ha sido tenida en cuenta por el legislador estatal, la del posible reconocimiento de estos derechos al miembro de una unión de hecho que sobrevive⁵⁸: si los derechos sucesorios del cónyuge, legítima y sucesión intestada, no se fundamentan en la existencia de vínculo

⁵⁵ Vid. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 394 y ss.

⁵⁶ Así lo entendimos también en *El cónyuge superviviente en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 397 y ss.

⁵⁷ Problemática semejante a la que planteaba el anterior art. 945 CC puede ser la que se derive del art. 216 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón, que contiene como hemos visto una declaración similar al respecto, y del art. 334.2º CSC, en vigor hasta el 31 de diciembre de 2008, que excluye el derecho a suceder del cónyuge sobreviviente “si está separado de hecho con ruptura de la unidad familiar, por mutuo consentimiento expresado formalmente ...”. Tales requisitos que se exigen a la separación de hecho son los que motivan que el art. 335 CSC permita la continuación del proceso de separación iniciado al tiempo de producirse la muerte de uno de los cónyuges por sus herederos con la finalidad de que, de no concurrir tales requisitos, el “resultado de la sentencia definitiva” sirva “para mantener o para negar al cónyuge sobreviviente el derecho a suceder”. Véase también la Ley 254 del Fuero Nuevo de Navarra, con los requisitos que ha de reunir la separación de hecho para operar como causa de exclusión del derecho a suceder del cónyuge en los bienes no troncales conforme a la Ley 304.5 del mismo Fuero.

⁵⁸ Esta postura del legislador estatal de no hacer frente a la regulación de las parejas de hecho bien podría calificarse de inhibicionista. Así lo ha hecho PUIG FERRIOL, L., “Incidencia de la reforma del matrimonio en el Derecho sucesorio”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005, nº 26, p. 324. Por su parte, Mª Paz GARCÍA RUBIO entiende que “bordea la inconstitucionalidad, si es que no incurre efectivamente en ella”. Vid. “Parejas de hecho y lealtad constitucional”, *Estudios de Derecho civil homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Teodora F. Torres García (Coordinadora), Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 2005, pp. 39 y ss. En la misma línea, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., “La encrucijada de la familia: entre la realidad social y el Derecho”, *Homenaje al Profesor Lluís Puig i Ferriol*, Abril Campoy, J. M. / Amat Llari, Mª E. (Coordinadores), Volumen II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 2430 y ss.

conyugal sino en la convivencia marital, el conviviente supérstite debería en consecuencia ser también beneficiario de tales derechos.

El hecho de que los convivientes hayan optado voluntariamente por no contraer matrimonio no constituye, por tanto, argumento suficiente para excluirles de su consideración a estos efectos sucesorios, por lo que, en la situación de vacío legal en que se encuentra la legislación estatal, el aludido fundamento o *ratio* de los arts. 834 y ss. CC y 944 en conexión con el art. 945 CC en un presupuesto convivencial permitiría sostener su aplicación analógica al miembro que sobrevive de dichas parejas estables, máxime teniendo en cuenta que desde la modificación del art. 945 CC por la Ley 15/2005 la separación de hecho como causa de exclusión del derecho a suceder del cónyuge supérstite no contiene ya ningún tipo de matiz⁵⁹.

Por otro lado, intentar justificar la no consideración del conviviente supérstite en la sucesión intestada alegando la posibilidad que tuvo su pareja premuerta de acudir a la sucesión testamentaria supone negar el fundamento de la propia sucesión intestada como institución, pues si constituye un instrumento jurídico que busca solucionar el destino de las herencias respecto de las que el causante no ha dispuesto o no lo ha hecho válidamente (art. 912 CC), este instrumento ha de poder ser de aplicación a toda persona, casada o no casada, que fallezca en esas circunstancias de indeterminación en relación con el destino de su patrimonio, y sobre la base de las mismas presunciones de afecto hacia las personas más próximas de un causante medio o típico que sirven para estructurar la jerarquía legal de llamamientos, en este caso, la presunción de afectividad que se deriva de la convivencia marital.

Téngase en cuenta que en el ámbito autonómico equiparan ya expresamente a cónyuge y conviviente supérstites desde el punto de vista sucesorio los arts. 11 de la Ley de la Comunidad Foral Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables⁶⁰; 13 de la Ley del Parlamento Balear 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables, 9 de la Ley del Parlamento Vasco 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho⁶¹, y 442-3 y 452-1, para la sucesión intestada y la cuarta viudal, respectivamente, de la Ley del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, de 18 de junio de 2008,

⁵⁹ En este sentido, *vid.* ESPADA MALLORQUÍN, S., *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 309 y ss., especialmente, 318, 323, y 328 y ss., para la sucesión intestada, y 377 y ss., especialmente, 385 y 386, y 394 y 395, para la legítima.

⁶⁰ Véase la Ley 304.5 del Fuero Nuevo de Navarra, modificada por esta Ley de 3 de julio de 2000, en relación con la sucesión en los bienes no troncales.

⁶¹ En concreto, este precepto dice, para las parejas inscritas en los términos que se exigen en el art. 3 de la Ley : “Régimen sucesorio. - A los efectos de la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco, las parejas de hecho tendrán la misma consideración que las casadas”, aunque seguidamente el legislador vasco hace indicación únicamente de las posibilidades sucesorias reconocidas a los cónyuges en la vía testamentaria. *Vid.*, no obstante, ESPADA MALLORQUÍN, *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*, *op. cit.*, pp. 262 y ss., que entiende que nos encontramos ante una enumeración no taxativa, por lo que la equiparación debe considerarse realizada también a efectos de la legítima y del llamamiento a la sucesión intestada.

que con ello va a dar lugar por otro lado a que el Derecho catalán abandone la distinción entre parejas de hecho homosexuales y heterosexuales a efectos de su consideración en el ámbito de la sucesión intestada, con origen en el art. 34 de la Ley del Parlamento catalán 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja: reconocido el derecho a contraer matrimonio de las parejas homosexuales por la Ley 13/2005, de 1 de julio, la justificación de la diferencia de régimen jurídico desaparece⁶².

Además, con carácter general y no limitada a los efectos sucesorios, ha realizado la misma equiparación la disposición adicional tercera de la Ley de Derecho Civil de Galicia⁶³, aunque en este caso parece que el legislador gallego se ha arrepentido pronto de esta más que discutible equiparación absoluta, que operaba automáticamente tras un año de convivencia o simplemente con la acreditación de la convivencia en caso de existencia de hijos comunes, modificándola a través de la Ley 10/2007, de 28 de junio, que la ha mantenido pero matizándola de forma importante al establecer un requisito formal, también muy discutible, para que la pareja de hecho sea considerada como tal y para que, consecuentemente, la equiparación con el *status* matrimonial se pueda llevar a efecto: la necesidad de que la unión *more uxorio* se inscriba en el Registro de Parejas de Hecho de esta Comunidad Autónoma expresando además su voluntad de que dicha equiparación sea eficaz⁶⁴. De cualquier modo, con independencia del rápido y radical cambio de concepción que se ha operado en relación con lo que debe entenderse por pareja de hecho para el Derecho civil gallego⁶⁵, la equiparación que realiza la disposición adicional tercera en cuestión conlleva sin duda la consideración

⁶² Así lo pone de manifiesto el legislador catalán en el Preámbulo de la Ley, V, donde también se dice que la asimilación de cónyuge y conviviente que se realiza desde el punto de vista sucesorio se fundamenta en que, a estos efectos, “lo que es relevante es la existencia de una comunidad de vida estable y los lazos de afecto entre los que conviven en pareja, y no el carácter institucional del vínculo que les une”.

⁶³ En concreto, su número primero dice: “A los efectos de la aplicación de la presente ley, se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que la presente ley reconoce a los cónyuges”.

⁶⁴ Dicho de forma muy sintética, la equiparación global de la pareja de hecho al matrimonio, automática o con requisito de inscripción constitutiva, no parece correcta en ninguno de los dos casos en la medida en que ambas realidades no son iguales y de que, por tanto, no se puede someter al estatuto del matrimonio a personas que permanecen al margen de él por su propia voluntad. La opción más razonable en esta materia seguramente sea, presupuesta la necesidad de regulación, la de valorar caso por caso la procedencia de considerar estas realidades a efectos de determinados derechos que, como los sucesorios que estamos examinando, no tengan su fundamento en la existencia de vínculo conyugal. *Vid.* GARCÍA RUBIO, M^a P., “Las parejas de hecho en el Derecho civil gallego o como la corrección política da palos de ciego”, *Dereito, Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Número especial “In memoriam Prof. Dr. José Manuel Lete del Río (1938-2007)”, Vol. 16, n^o 1, 2007, pp. 193 y 194, 200; ESPADA MALLORQUÍN, *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*, *op. cit.*, pp. 267 y ss. En el mismo sentido, la crítica a la técnica jurídica seguida por el legislador gallego de FERNÁNDEZ-CASQUEIRO DOMÍNGUEZ / GÓMEZ VARELA, *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia*, *op. cit.*, p. 837, y, en la misma obra colectiva, CALVO VIDAL, I. A. / CANTERO NÚÑEZ, F. J. / SAN MARTÍN LOSADA, R., pp. 1268 y 1269, 1310 y ss.

⁶⁵ *Vid.* GARCÍA RUBIO, “Las parejas de hecho en el Derecho civil gallego ...”, *op. cit.*, pp. 192 y 193, 201 y ss.

del conviviente supérstite como sucesor intestado en la misma posición que el cónyuge que sobrevive en las sucesiones sometidas a este ordenamiento jurídico, pues la remisión que realiza el art. 267 de la Ley de Derecho Civil de Galicia a las reglas que rigen la sucesión intestada en el Código civil implica la consideración de estas últimas como normas propias para el Derecho gallego, sometidas, en consecuencia, a tal equiparación⁶⁶.

Así las cosas, este fundamento convivencial del derecho a legítima y del derecho a suceder en la herencia intestada puede derivar también en la consideración hipotética a estos efectos de otras categorías de personas cuya relación con el causante se fundamente en alguna situación de convivencia regulada por la ley; como mejor muestra de ello, los arts. 8 y 9 de la Ley del Parlamento de Cataluña 22/2000, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores, que prevé derechos sucesorios a favor del acogedor en la sucesión intestada y testada, respectivamente, de la persona acogida cuando la convivencia entre ellos haya tenido una duración mínima de cuatro años⁶⁷.

En definitiva, entendemos que las líneas de reforma del Derecho de sucesiones, particularmente del contenido en el Código civil, pasan por el incremento de derechos sucesorios de las personas que se encuentran más cercanas al causante en sus últimos momentos: incremento de la legítima del cónyuge y anteposición del mismo frente a los ascendientes en el orden de suceder abintestato, según se explicó en la primera parte de este trabajo, y contemplación de nuevas categorías de legitimarios y herederos legales cuya relación con el causante se fundamente en una situación de convivencia análoga a la conyugal (sobreviviente de una pareja estable) o en una de características distintas (acogedor con relación al causante acogido) pero que quizás pueda ser igualmente merecedora de consideración a estos efectos en los casos en que se cumplan determinadas condiciones⁶⁸.

⁶⁶ Vid. GARCÍA RUBIO, “Las parejas de hecho en el Derecho civil gallego ...”, *op. cit.*, p. 199.

⁶⁷ Así, el art. 8 (“efectos en caso de sucesión intestada”) reconoce el derecho del acogedor a: - En concurrencia con los descendientes, cónyuge, ascendientes o colaterales hasta el segundo grado de la persona acogida, una porción de los bienes de la herencia o su equivalencia en dinero, a elección de los herederos, que represente la cuarta parte del valor de dicha herencia, con la parte proporcional de frutos o rentas por ella producidos o también su equivalencia en dinero a contar desde la muerte del causante. - En defecto de los herederos citados o de premoriencia de los hijos de los colaterales de segundo grado, el acogedor es llamado como heredero a la totalidad de la herencia.

Por su parte, el art. 9 (“efectos en caso de sucesión testada”) reconoce al acogedor el mismo derecho a la cuarta parte del valor de la herencia que se regula en el art. 8.1 para la sucesión intestada en concurrencia con los herederos citados, con lo cual nos encontramos también con el establecimiento de una suerte de legítima en su favor.

⁶⁸ Otra cosa son ya tales condiciones que deban en su caso exigirse efectivamente para que pueda operar tal tipo de sucesión, pues hay que partir del hecho de que lo ordinario es que el desenvolvimiento de este tipo de relaciones se realice sobre la base de un intercambio de prestaciones, asistencia y cuidados frente a contraprestación económica, en definitiva, sobre la base de la existencia de un contrato de carácter oneroso. Así, véanse los arts. 1 y 2 de la Ley catalana 22/2000, en los que se regulan el concepto y el objeto del que denomina “pacto de acogida”. Sobre la misma, ROCA GUILLAMÓN, J., *La protección de los mayores en el Derecho civil*, Discurso leído el día 22 de octubre de 2004 en el acto de recepción como Académico de Número, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, Murcia, 2004, pp. 51 y ss.

Al legislador estatal le quedan, por tanto, bastantes asignaturas pendientes en esta materia; la Ley 15/2005 no es ni mucho menos suficiente para solucionar las carencias de los derechos sucesorios del cónyuge y deja además sin resolver la problemática sucesoria que plantean otras personas que estaban unidas al causante por vínculos basados en la convivencia. Pero es que seguramente el Derecho de sucesiones del Código civil esté necesitado de una reforma más amplia que revise otras instituciones sucesorias implicadas, particularmente, la naturaleza jurídica y extensión de la legítima de los descendientes, cuya extensión hasta los dos tercios del caudal computable a efectos de su cálculo (art. 808 CC) y su configuración como *pars bonorum*⁶⁹, constriñe en general la legítima del cónyuge, dificulta la continuidad de patrimonios empresariales, y, además, carece de justificación en la medida en que los actuales índices de supervivencia determinan que, en la práctica, los hijos hayan colmado ya en vida unas expectativas sucesorias bastante razonables a la muerte de sus padres⁷⁰.

No obstante ello, el sentido de esta atribución de derechos sucesorios al acogedor sobre la herencia de la persona acogida quizás pueda verse más claro a la luz del Preámbulo de la citada Ley, en concreto, cuando dice que pretende regular “la convivencia originada por la acogida que una persona o pareja ofrecen a una persona o pareja mayor, en condiciones parecidas a las relaciones que se producen entre ascendientes y descendientes”. Es decir, con estas palabras parece como si se quisiera dar a entender que, pese a la existencia de contrato, la relación entre acogedor y acogido merece algo más que se deriva de la especial situación de convivencia que se genera entre ellos.

⁶⁹ Vid. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, op. cit., pp. 287 y ss., especialmente, pp. 298 y ss.

⁷⁰ Como muestra de la tendencia que existe hacia la transformación de las legítimas que consisten en cuotas que recaen sobre los bienes hereditarios en cuotas que recaigan sobre el valor de dichos bienes de la herencia, el art. 249.1 de la Ley de Derecho Civil de Galicia: “El legitimario no tiene acción real para reclamar su legítima y será considerado, a todos los efectos, como un acreedor”. Véanse también, entre otros, los arts. 240, 243, 246, 248 y 251 de la misma Ley. Vid. ESPINOSA DE SOTO, *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia*, op. cit., pp. 623 y ss., 636 y ss.